16

Re clausula derogatoria in testamenti

P E R

D. RAFAELLO GIUSTO

CONTRA

D. ANGELA MARIA RESTA

della Città di Massafra.

Scriv. del S. R. C. *Surrentino*.
Attuar. della G. C. *Scoppa*.

Napoli V. Novembre M. DCCC. VI.

Digitized by Google

Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.

Jurisc. PAUL. L. ille 25. §. 1. D. de leget. III.

Digitized by Google

QUALE de' due testamenti, l'uno in iscritto, l'altro nuncupativo del Rev. D. *Gianbattista Resta* della Città di *Massafra*, abbia a prevalere, è quel che si offre alla decisione del Magistrato. In esecuzion del primo premunito di particolar clausola derogatoria, ha D. *Rafaello Giusto* dalla G. C. per se il preambolo riportato (1); ed in esecuzione del secondo derogante colla solita formola generalmente gli antecedenti, lo ha per se D. *Angela Maria Resta* da quella Regia Corte ottenuto (2). Quindi l'uno, e l'altra han contemporaneamente la redità del testatore dedotta, per averne rispettivamente la pertinenza. Che ad esso lui in esclusion di costei quella ne spetta e compete, eccone la dimostrazione irrefragabile.

Idea generale della causa.

MAL soffriva il podagrico vecchio Rev. D. *Gianbattista Resta* la biasimevol condotta della sua nipote D. *Angela Maria Resta*, che non contenta di ritenersi in qualità di erede del predefunto suo zio paterno Dot. fisico D. *Michele* i non pochi beni dal medesimo usurpatigli, di continuo con maligne arti, e seducenti astuzie lo induceva, e coartava a dichiararla padrona degli altri, che per premorienza dell'usurpatore gli eran rimasti. A liberarsi da sì cattatorj impulsi risolse provvidamente in tempo

Fatto concorrente.

(1) *Fol.* 9. *proc. præm., & fol.* 15. *proc. S. R. C.*

(2) *Fol.* 10., e dalla G. C. già confermato, *fol.* 18. appo lo Scriv. *Giaccio, & fol.* 19. *d. proc. S. R. C.*

po ch'era nel massimo vigore delle sue energiche azioni, d'istituir erede il suo rimoto congiunto D. *Rafaello Giusto* degli uni, e degli altri col suo ben disposto, ed ordinato testamento, che col pieno suo volere a casa del Notajo *Gianbattista de Sanguine* fu solennemente di notte tempo ne' 5. Maggio 1801. colle maggiori solennità, e precauzioni chiuso, e suggellato; e seguita sua morte in Maggio 1806., fù d'ordine dello spettabile Vice-Protonotario quattro mesi dopo, ossia ne' 4. Settembre in presenza di quel Reg. Governadore nelle debite forme aperto e pubblicato.

CON esso dopo aver raccomandata l'anima sua specialmente a' SS. *Cosimo*, e *Damiano* suoi protettori, scrisse il detto D. *Rafaello* erede universale, e gl'ingiunse di dare all'additata sua nipote in danajo, od in beni ducati 300., dopo che gli averebbe i beni usurpati 'nteramente restituiti (3). Ed acciocche sì ferma e costante sua volontà non rimanesse vittima delle premeditate inevitabili suggestioni, ed insidie la chiuse colla seguente precauzione.

ITEM, io Jud. D. Gianbattista *testatore voglio, ed espressamente comando, che qualunque disposizione da me si facesse posteriormente a la presente mia assoluta testamentaria disposizione, voglio che resti, e s' intenda essere nel suo vigore, e validità, quando in essa espressamente si nominano i SS.* Cosimo, e Damiano, *e mancando l' invocazione di detti Santi, ch' espressamente nella presente nomino, ogni Jud. atto, come sopra faciendo, s' intenda, come non fatto, dichia-*

(3) *Fol. 6. loc. sign.*

chiarandolo, ſiccome lo dichiaro per caſſo, irrito, nullo, e di niun vigore, eſſendo così la mia determinata volontà, e non altrimenti (4).

CAUTELA, che per custodirsi l'umana volontà libera dagli altrui bersagli, e coartazioni si è da gran tempo introdotta col nome di *clauſola derogatoria* di ogni contrario atto posteriore, adoperandosi da' Testatori ora con le voci: *Nolo aliud teſtamentum per me in futurum faciendum valere, niſi in eo ſit deſcripta tota oratio Dominica* (5): *Niſi in eo inſerta & regiſtrata ſint verba illa* Gaudium cum pace (6); Oppure *Arma, virumque cano* (7): Od in altra forma a di lor talento disposta.

ORA se il nuncupativo testam., che D. *Angela Maria* vanta a suo favore fatto dallo stesso Rev. D. *Gianbattiſta* tre anni, e mezzo dopo, o sia ne' 29. Novembre 1804. per Not. *Luca M. Rotelli* in se non contiene letteralmente la prescritta invocazione de' SS. *Coſimo*, e *Damiano*, ma di altri diversamente denominati, come mai contro l' espressa sua volontà può all' antecedente prevalere, essendo voto di ogni effetto, del tutto inefficace?

Il primo testamento prevale al secondo.

TALE la Legge da gran tempo lo ha dichiarato: *Interdum tamen in legatis non poſterior, ſed præcedens ſcriptura valet: nam ſi ita ſcripſero*, quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego, *quod infra legatum erit, non valebit: nam & cum ſermo-*

(4) *Dic. fol. 6. a t. in fin. ad 7. proc. præamb.*

(5) Al dire di *GIULIO CLARO lib. III. §. teſtamentum. quæſt. 99. in princ.*

(6) Secondo *CARLANTONIO DE LUCA obſervat. 71. n. 14.*, ed *ETTORE CAPECE-LATRO lib. 1. conſult. 71.*

(7) Siccome ne dinota *GIOVANNI VOET Comment. ad Pandect. lib.* XXVIII. *tit. 3. n. 10.*

Digitized by Google

fuor del bisogno tal formola invan adoperarsi? Onde i Dottori han per massima concordemente adottato. *QUANDO teſtator in ſecundo teſtamento adpoſuit clauſulam generalem revocatoriam omnium teſtamentorum a ſe prius conditorum, puta, quia dixit, caſſans, & revocans omnia, & quæcumque teſtamenta a me hactenus condita, quæ clauſula communiter ſolet a Notariis apponi in omnibus teſtamentis: & in hoc paritèr omnes concordant, quod illa non ſufficiat ad revocationem primi teſtamenti habentis clauſulam derogatoriam. Talis enim revocatoria generalis, etiamſi expreſſe poſita non ſit, tacite tamen ineſt ex natura actus, merito expreſſa nihil operatur* (13).

IN VERO il nostro Rev. D. *Gianbattiſta*, quando ne' 5. Maggio 1801. sollennizò il primiero testamento, come che non avesse per lo innanzi de' beni suoi in alcun modo disposto, pure abbacinato dal comune stile de' Notaj la stessa formola nel suo principio bene a lungo vi distese (14); che il Notajo *de Sanguine* nel pubblico atto della chiusura nelle seguenti parole restrinse: *Caſſando, ed annullando qualunque altro teſtamento, ed ultima diſpoſizione da lui per lo addietro fatta* (15). E per vieppiù con-

(13) *CLARUS cit. §. teſtamentum quæſt. 90. n. 1. in fin.*

(14) A tal modo: *Cassando perciò, siccome casso, ed annullo tutti, e qualsivogliano teſtamenti e disposizioni sinora forse da me fatte, così pubbliche, come private, anche se fossero* ad pias causas, *volendo, che questo mio teſtamento, nel quale espressamente invoco il nome de' Santi* Cosimo, e Damiano, *come ultima è suprema volontà* ad unguem *dopo mia morte si debba eseguire, fol. 4. a t. loc. sign. d. proc. præamb.*

(15) *Fol. 3. a t. loc. sign. ejusd. proc.*

fermare, che nella prefazione di qualunque testamento non vi abbia parte il testatore, ma che tutta opera sia del Notajo, si dia uno sguardo al posterior testamento, che ne dice: *Dubitando morirsene* ab intestato *senz' aver provvisto alla salute della di lui anima, e disposto de' suoi beni* (16); quandochè ne avea dinanzi sì asseverantemente disposto. Ciò che per altro non gli avrebbe il testator permesso di omettere, per non rimanere vieppiù bersaglio delle importune querele donnesche rendute oramai 'nsopportabili. Dipendendo dunque la derogatoria generale dalla inveterata usanza de' Notaj, e non dalla volontà de' testatori, ben a ragione per render questa sempre salva, si è quella del tutto depressa.

Inadattabile è la L. in contrario opposta.

NE' si prevalga la Competitrice di altra L., che sì dispone: *Si quis in principio testamenti adscripserit*, cui bis legavero semel deberi volo, *postea eodem testamento, vel codicillis sciens sæpe eidem legaverit: suprema voluntas potior habetur: nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat* (17); perocchè sì fatta L. lungi dall'opporsi all'antecedente la conferma, e contro di lei si rivolge.

DA che la sua disposizione *ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat*, non es-

sen-

(16) *Dic. fol. 6. proc. penes Scrib.* Giaccio.
(17) *Cit. L. 22. D. de legat. III.*

sendos'il testatore D. *Gianbattista* col suo posterior testamento specificamente pentito del primo, che sino a che visse variar non volle, ne siegue perciò, che la L. di sopra trascritta sia colla presente appien concordante. Con quella tratta da un testo del Giureconsulto *Pomponio* supponendosi, che il testator non fosse receduto da quanto avea innanzi disposto, si stabilì, che la sua disposizione, come specificamente non variata, dovesse ad ogni altra prevalere. Con questa allo 'ncontro dipendente dal Giureconsulto *Ermogeniano* prevedendosi il caso opposto, che il testatore rivocat' avesse nell' forma specifica l' antecedente sua disposizione, si volle, che la medesima si eseguisse. E con ragione, poichè al variar la volontà dell' uomo, opo era, che la Legge adatta a secondarla, anch' essa la sua disposizion variasse. Ed ecco che l'una, e l' altra dirette sono insieme a custodir la volontà de' defunti, la prima rendendola salva per non esser specificamente rivocata, la seconda per esser precisamente dell' antecedente rivocatoria. Mancando dunque nel testamento opposto la chiesta invocazione de' SS. *Cosimo*, e *Damiano*, ragion esige, che ne manchi la sua mal pretesa esecuzione.

NE' altrimenti era a stabilirsi, poichè lo esatto e più rigoroso adempimento della clausola al controverso testamento annessa non avrebbe mai il Dritto pubblico, o de' privati offeso, ed infranto. Con essa non s' impediva certamente, che in ogni altro testamento *cujus factio non privati, sed publici juris est* (18), si fossero le richieste solennità adopera-

(18) *L. testamentum 3. D. qui testam. fac. pos.*

ANZI, quantunque si fosse la clausola sud. espressamente abrogata con atto men solenne, sebben legittimo, pure vuole, che l'antecedente disposizion trionfi: *Pro declaratione noſtræ materiæ extra Gloſſam, & Doctores quæro, hic ſit mentio de duplici voluntate, in una fuerunt verba derogatoria, & poſtea eſt ſecuta alia voluntas, quæro de prima voluntate, quid ſi iſta verba derogatoria ſunt appoſita in voluntate minus ſolemni? Reſpondetur verba derogatoria habent vim cujuſdam ademptionis, ut hic notatur in Gloſſa magna, & ideo ad hoc ut adimatur hereditas, debet fieri in voluntate ſolemni, quia in codicillis dari, vel adimi hereditas non poteſt, L. 2. Cod. de codicill.; & oportet, quod adimatur in tali voluntate, ex qua poſſit adiri hereditas, ut dixi in L. Si jure ſupra* (23).

AGGIUGNE inoltre: *Breviter ſi bene ponderetis textum hic poſitum in fine, videtur requirere duo. Primo quod ſpecialiter pæniteat prioris voluntatis, ſecundo quod contrarium aſſerat ejus, quod primo dixerat, ut ibi*, sed hoc ita locum habeat &c.... *Sed ſi ponimus verba derogatoria eſſe concepta ſecundum alios modos poſitos in Gloſſa, quia dixit, ſi quod aliud teſtamentum fecero, nolo valere, niſi ſit talis ſolemnitas: tunc oportet, quod dicat ceſſans, & irritans aliud teſtamentum, & verba derogatoria ibi poſita, alias non videtur aſſerere contrarium ejus, quod primo dixit, & ſic intelligo Gloſſam in d. §. in Legatis* (24).

E QUEL che è più, che per derogarsi la clausola an-

 nessa

(23) *Loc. cit. n. 6. 8., & 10. in fin.*
(24)

nessa soggiugne doversi dinotare le precise parole, colle quali si espresse: *Quæro quid si testator dixit sic*, Cassans, & irritans omne aliud testamentum, quod fecissem, & si in eo essent verba derogatoria sub quacumque conceptione verborum, *an sufficiat? Hic videtur quod non, quia textus hic requirit quod specialiter revocetur, & illud dicitur specialiter fieri, quod est a generalitate exemptum, L. item apud Labeonem §. hoc Edictum infra de injur., & L. 1. §. dixerit aliquis infra de publ., & L. servis urbanis in fine infra eodem. Sed istud non est exemptum a generalitate, ergo non est factum specialiter* (25).

NE' manca in fin di avvertire: *Quæro, quid si verba derogatoria sunt ita concepta per hæc verba*, Quod si aliud testamentum facerem, nolo valere, nisi sit observata talis solemnitas, & sic in eo fuerint posita verba revocativa istius clausulæ, nolo revocationem valere, *quid juris? Puto idem, quia quocumque modo sint facta verba derogativa, si prioris voluntatis faciunt mentionem, & etiam qualitatis testamenti, tamen est necesse quod verba singulariter exprimant; sufficit enim ad revocationem, quod sit revocata illa clausula derogatoria, ut hic* (26).

AVENDO egli tutta la materia assorbita nulla rimase al nostro gran *Cujacio* su tal proposito di aggiugnere; onde vi si legge soltanto: *Et puto ex jure constituendam esse distinctionem talem: Aut cum scripsissem initio, cui bis legavero semel deberi volo, postea invito, vel imprudenti mihi excidit, ut eidem sæpius legarem eodem testamento vel codicillis; & hoc casu*

(25) Loc. cit. n. 6. 8. & 10. in fin.
(26)

casu prior voluntas potior habetur, qùa vel memoriæ meæ diffidens, vel constantiæ dum vereor, ne suasionibus forte, & blanditiis amicorum non possim resistere, præmunivi me statim ab initio, mihique præcavi in posterum, ne ea res mihi, heredive meo, fraudi esset (27).

GIULIO *Claro* però di ottima rammembranza su di ciò bastantemente si distese, e tra i casi, e dubbj, che propose, e risolse, ecco quello, che alla causa presente corrisponde: *Sed quæro, quomodo dicatur facta specialis mentio, seu revocatio primi testamenti derogatorii? Resp.*, Bart. *in d. L. si quis in principio testamenti in pr. n. 8. tenet, quod tunc dicitur fieri specialis mentio primi testamenti, quando testator facit mentionem de clausola derogatoria, in ipso testamento inserta, puta, quia dicat; non obstante alio testamento habente clausolam derogatoriam, & dicit* Corn. *in d. cons. 86. in lit. M., quod ista opin.* Bart. *est communis. Et quod requiratur specialis mentio clausulæ derogatoriæ, dicit esse communem* Socin. *cons. 163. post n. 7. vers. 2. præmitto, & post n. 14. lib. 2.*, Guid. Pap. *cons. 64. n. 2. subdens, quod hanc communem opinionem approbat communis usus in judiciis, & observantia*, Ruin. *in d. cons. 10. n. 3. lib. 2.*, Socin. *jun. cons. 124. n. 3. lib. 1., quem refert* Didac. *in d. rubr. de testam. in 2. part. post n. 15. vers. 3. conclusion.* (28).

NE' altrimenti l'accurato *Andrea Fachineo*, in distendendo su di ciò una delle sue controversie, ebbe a con-

(27) *Tom. III. observat. lib. 14. cap. 7.*

(28) *Loc. cit. lib. III. §. testamentum quæst. 99. n. 5.*

conchiudere. *Quamobrem ſola prioris voluntatis revocatio non ſufficit, ſed neceſſe est, ut appareat teſtatorem id velle, ut valeat poſterior voluntas, & non prior, & ſic ſpeciali opus eſt declaratione; non autem generalis illa ſufficit: ſicut nec Juriſconſulto ſufficit prioris voluntatis teſtatorem pœnituiſſe, (hoc ſane æquivalet generali revocationi teſtamenti prioris), ſed requirit etiam, ut teſtator voluerit contrarium ejus, quod prius ordinaverat, nempe plura legata dari, licet ante dixiſſet, ſemel deberi volo. Et hoc eſt, quod paucioribus verbis dixit* Covar. *loco ſuperius annotato, cum dixit, non ſolum neceſſariam eſſe mentionem teſtamenti prioris, ſed etiam clauſulæ derogatoriæ in eo contentæ, quod non eſt neceſſarium inquit in L. 2. D. de lib. & poſthumis; quia ſcilicet nulla præceſſerat derogatoria diſpoſitio teſtatoris* (29).

TANTO il perspicacissimo *Antonio Fabro* volle pur esso avvertire, anche nel caso, che non uno, ma più testamenti fossero preceduti, e col posteriore si fosse la istituzione fatta in persona di *Sempronio*, per mano di Not. *Mevio* specificamente abrogata. *Conſtat prius teſtamentum, quod habet clauſulam derogatoriam, non aliter revocari poſſe per poſteriores, quam ſi ſpecialis mentio fiat ejus clauſulæ, nec generalem ſufficere revocationem, non ſolum ſi plura teſtamenta præceſſerint, in quo omnes conſentiunt, ſed etſi unum dumtaxat. Porro ſpecialis revocatio prioris teſtamenti non ex eo ſolo facta videtur, quod teſtator in ſecundo teſtamento dixerit*, non obstante alio testamento per me condito, in quo institui Sempronium,

(29) *Lib. IV. cap. 93. in fin.*

nium, *vel* de quo fuit rogatus Mævius Notarius. *Sed requiritur omnino, ut facta ſit mentio clauſulæ derogatoriæ priori teſtamento inſertæ, ſecundum receptiorem noſtrorum ſententiam. Quæ licet dura ſit, vixque admittenda, ſi clauſula derogatoria primo teſtamento inſerta ſimpliciter concepta erat, puta*, Si fecero aliud testamentum nolo illud valere: *tamen recipienda eſt, ſi clauſola derogatoria habeat inſertam aliquam ſpecialem formam. Sed neque derogatoriæ clauſolæ mentionem in genere factam eſſe ſufficit, ſed in ſpecie fieri neceſſe eſt, quamvis non etiam in individuo* (30).

ANCHÈ *Giovanni Voet* di legal progenie (31), dopo aver esposto il verace senso delle LL. a tal vopo corrispondenti, calcando le orme di tanti classici Scrittori, che lungo sarebbe annoverargli tutti (32), venne così a conchiudere. *Ex hiſce vero ita præmiſſis facilior eſt definitio quæſtionis vulgatæ forenſis, an per poſterius teſtamentum derogetur priori, ſi teſtator (metuens ne quotidianis flagitationibus, precibus, adulationibus eorum, quibus hæreditatem ſuam relictam non vult, ad id adigatur, ut in eorum utilitatem ſuprema diſponat voluntate) in anteceſſum conſcribat*

(30) *Cod. lib. VI. tit. 5. def. 9.*

(31) Essendosi 'l suo padre PAOLO renduto insigne per le opere legali a noi rimaste.

(32) Fra quali sono d'annoverarsi *MENOCHIO lib. IV. præsumpt. 166.*, *MANTICA de conjectur. ult. volant. lib. VI. tit. 4. n. 9.*, *& lib. X. tit. 8.*, *GRASSO de succession. §. teſtamentum quæſt. 89.*, ed *UGON-GROZIO manudaction. ad jurisprud. Holl. lib. II. c. 24. n. 5. 6., & 7.*, che che ne abbia *ANTONIO MERENDA* ad onta del suo perspicace ingegno altrimenti dinotato contra il senso comune, la retta ragione, e 'l verace senso delle Leggi, *Controv. lib. IV. c. 49.*

ſcribat teſtamentum in gratiam eorum, quos ſibi ſerio ſucceſſores optat, addatque, ſe nolle, ut ulla poſterior diſpoſitio rata ſit, aut præſenti deroget elogio, niſi in qua invenietur inſerta certa quæpiam verborum formula, veluti, arma virumque cano, *aut alia quæcumque arbitrio teſtatoris concipienda, deinceps autem poſterius teſtamentum ab eo conditum nullam iſtius formulæ mentionem contineat. Etenim etſi varie videantur ſentire juris Interpretes, tamen plerorumque opinio eo vergit, firmum habendum eſſe prius teſtamentum, quoties in ſecundo teſtator nullam omnino prioris teſtamenti certa quadam formula muniti mentionem fecerit, nec generalem, ac vagam priorum teſtamentorum revocationem ſufficere ad id, ut hoc ſpeciali clauſula derogatoria, cum formulæ adjectione munitum, vires perderet, aut crederetur revocatum* (33).

Altra L. in contrario addotta inapplicabile.

TANTO bastar potrebbe in compruova del proposto assunto, se la Competitrice destituta di ogni altro inerme soccorso non si appigliasse a quello, che in van lusingasi apprestarle la seguente Legge: *Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit*, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos, & subscriptos, *tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo ſignati, neque manu ejus ſcripti fuerint: nam ea, quæ poſtea geruntur, prioribus derogant* (34).

E CON ragione così fatti codicilli eseguir doveansi, poichè in essi realmente consisteva la suprema vo-

(33) *Ad Pandect. loc. cit. tom. IV. lib. 28. tit. 3. de injust., rup., irr., &c. n. 10.*

(34) *Cit. L. Divi 6. §. 2. D. de jur. codicill.*

volontà del testatore; il quale intanto dispose valer quei soli di sua propria mano scritti, e segnati, in quanto che temeva forte, che se ne fossero altri supposti. Ma dileguatosi 'l timore, in cui era incorso pe' codicilli di suo pieno volere in altra forma solennemente fatti, si era già conseguito l'unico fine premeditato. Altrimenti essendo egli per qualunque accidente impedito scriver di proprio pugno, averebbe per sì fatto modo la sua volontà portata, onde sarebbe rimasto contra del divieto dinanzi espresso indisponibile. O a se col posterior testamento non si vede il primo specificamente rivocato, chi non comprende, che per l'opposta L. diretta a secondar la volontà de' defunti, si abbia questo, in cui essa risiede, e non quello, in cui del tutto ne manca, fuor di ogni dubbio ad eseguire? ANZI la L. stessa ne fa presumere il posterior testamento esser supposto, od almeno per altrui suggestione estorto. Torni a Noi lo ammirabile *Bartolo*, che sì nel dinota. *Cum autem ista verba habent vim cujusdam protestationis præambulæ, talis protestatio declarat in sequenti testamento voluntatem deesse, L. at si quis §. plerique supra de religios., & L. quod in aliena in fin. ff. de acquiren. hæredit. Sequens ergo testamentum non est testamentum, quia Lex præsumit in eo voluntatem deesse, nisi expressam revocationem faciat de primo* (35).

Si ha per estorto il secondo testam. non derogante specificamente il primo

E torni pure l'avvedutissimo *Fabro*, che tanto anch' esso ne avverte. *Nam si quoties clausula derogatoria quælibet in priore testamento adjecta est, præsumptio juris*

(35) *Tom. IV. ad cit. L. si quis in principio 22. D. de leg. III.*

juris naſcitur, quod ſecundum teſtamentum, in quo non ſit illi clauſulæ ſufficienter derogatum, ad ſuggeſtionem importunam alterius confectum fuerit potius, quam ex voluntate teſtatoris (36).

E CIO' anche i memorandi *Brunnemanno*, ed *Ubero*, tralasciando tanti altri (37), ebbero a confermare. Ne dice l' uno. *Expreſſam autem derogationem requiro; nam ex clauſula derogatoria præſumitur, ſi poſtea aliud diſponat, quod id potius ex importuna ſuggeſtione alterius, quam propria voluntate teſtatoris factum ſit, & ideo ut ſcilicet ab importunis precibus, & minis liberatio fiat*, Suade *lib. 4. tit. 1. definit. 10.*, *& quos ibi refert, & ſic judicatum dicit* (38).

L' ALTRO ſoggiugne. *Pragmatici non inepte diſtingunt inter clauſulam derogatoriam poteſtatis, & voluntatis, illam non valere, hanc effectum habere, ideſt non poſſe teſtatorem ita circumſcribere ſeipſum, ut ei non ſit integrum mutare voluntatem, ſed poſſe eum ità munere teſtamentum prius factum, ut argumentum præbeat, poſterius ex voluntate ejus non eſſe factum; proinde ſi reſervatur ei facultas derogatoriam clauſulam revocandi, ſatis conſulitur libertati voluntatem mutandi. Quod ſi derogationem non revocavit: quid ni præſumptio ſit, eum a priore voluntate non receſſiſſe: proinde fieri debere, quod dixit, teſtamentum poſterius ne valeret* (39)?

E

(36) *Cod. cit. lib. VI. tit. 5. definit. 13.*

(37) Come sarebbero *STRICHIO de cautel. teſtam. c. 24. § 53.*, e *DURANTE de art. teſtan. t. X. lib. 1. n. 2.*

(38) *Comm. ad Pandect. tom. III. lib. 32. L. si quis 22. de legat. III. n. 2.*

(39) *Comm. ad Inſtit. lib. II. tit. 17. quib. mod. teſtam. infirmant.*

E SE tanto concorrerebbe, essendo il primiero testam. nuncupativo, con quanta maggior ragione concorrer non deve essendo in iscritto, com' è il contravverso, che apprestava al testatore, volendolo rivocare, il mezzo più facile ed espedito, qual era di ripigliarselo dal Notajo, a cui avealo consegnato. Ma sì fermo e constante ei si mantenne nell' antecedente sua disposizione, che lungi dal ripigliarselo, non volle coll' altro neppure l' apposta clausola indicare, non che derogare. Anzi per dimostrare, che il secondo testam. facevalo a compiacenza della nipote, lo ebbe a sollennizzar nuncupativo, rendendola a tal modo persuasa di averla contemplata, altrimenti non si sarebbe dalle intollerabili sue importunità per altra via sottratto. E se tutto ciò non basti a frastornar la Competitrice dalla sua disperata impresa, per sempre più convincerla in fin si aggiunga-

Considerabili circostanze di fatto.

I. NEPPUR contento il Rev. D. *Gianbattista Resta* di aver nel principio dell' antecedente suo testamento invocati i SS. *Cosimo*, e *Damiano*, volle colle voci di sopra espresse nel suo fine la stessa invocazione con maggior enfasi ripetere, per dinotarci con sì fatta geminazione di parole apertamente quella esser la suprema sua volontà invariabile. *Adeo ut flante hujusmodi geminatione verborum* (si è dapertutto ricevuto (40)) *magis ostendatur præcisa, &*

(40) Siccome ne dinota *SURDO lib. II. consil.* 139. *n.* 18., *& lib. III. consil.* 369. *n.* 16., *RUGGINELLO practabil. quæstion. cap.* 31. *n.* 40., *ALTOGRADO vol. II. cons.* 83. *n.* 73., *& cons.* 95. *nu.* 81., e tanti altri per argomento della risaputa L. *Ballista* 32. *D. ad S. C. Trebell.*, in cui

& enixa, ac deliberata mens disponentis (41).

II. E PER vieppiù ciò confermare appor volle la clausola derogatoria, a cui tutta la sua disposizion rimise, nella estrema parte del testamento, nella quale la più precisa, e determinata volontà del uomo risiede, e consiste.

III. ANZI a rimuover ogni dubbio, onde potersi la detta sua disposizione convellere, nel momento in cui dichiarò qualunque atto posteriore mancante della invocazion prefissa, *cassò, irrito, e di niun vigore*, aggiunse, *essendo così la mia determinata volontà, e non altrimenti*. Clausola, che secondo il senso comune irrita ogni altro atto, abroga, e cancella, come quella, che in se contiene precisa, ed assoluta condizione: *Conditiones autem* (per comun consenso de' DD. (42)) *fuerunt explicatæ illis verbis, nam alias illam non feciſſet, quæ important præciſam conditionem, & removent conſenſum in caſu contrario, nam deficiente conditione diſpoſitio habetur pro non facta* (43).

IV. E soprattutto si avverta, che se il Rev. D. *Gianbattiſta* preferì alla sua successione il maschio più rimoto alla donna a se più prossima, non fù tanto per

---

cui *ex his verbis quæ proponis, ideſt pecuniam*, duplicatamente ripetutene dinota *GOTOFREDO, hujus rei occaſione Doctores hic multa notant de geminationis effectu, etiam ex intervallo interpoſitæ*.

(41) *STEFANO GRAZ, diſcept. tom. IV. cap. 737. n. 4.*

(42) Veggansi *ALESSANDRO lib. I. c ns. 3. n. 4., MENOCHIO lib. I. tons. 38. n. 2., & ſeqq., BOERIO decis. 243. n. 11.*

(43) *SORGE enucl. cas. forens, tom. IV. cap. 35 de clauſulis n. 32.*

per la prerogativa del sesso, o per la maggiore opulenza che in costei, e non in quello, concorreva, quanto per la punibile ingratitudine usatagli di ritenersi ostinatamente i beni usurpati, dopo averla in occasion delle nozze gratificata colla donazion della sua vigna di nove quarantali nel luogo *Palma* colà sistente (44). Onde fù da necessità costretto implo-

(44) Ecco quel che in ordine a ciò nel primiero testam. si legge: *Dichiaro in oltre io pred.* D. Gianbattista, *testatore, che ne' capitoli matrimoniali stipulati per lo matrimonio contratto tra la sud. mia nipote con* Giovanni Vito Caprara, *fui pregato a donare per causa del detto matrimonio siecome condiscesi in un capo di detti capitoli di far donazione in benefizio della stessa di nove quarantali circa di terre con vigne dentro nella contrada di* Palma, *o sia* Massenzio, *voglio, ordino, e comando io* D. Gianbattista Resta *testatore, che tali beni, come sopra donati, s' intendano, ed intendersi debbano dati a detta mia nipote per tutto, e quanto poteva alla stessa lasciare per atto di mia cordialità, ed affetto, e per tutto, e quanto la stessa oramai potesse pretendere sulla mia eredità, essendo stata colla donazione sud. bastantemente considerata, e contemplata. Oltre a questo per maggiormente dinotare alla detta* Angela Maria *mia nipote l' affetto, che le porto, le lascio jure* legati *altri ducati trecento, oppure uno stabile di tal valore ad elezione del detto mio erede, da precapirsi però det. duc.* 300., *oppure tale stabile, ed assignarsi alla stessa da sopra i beni però, che detta mia nipote dovrà restituire al sud. Sig.* D. Raffaele Giusto *mio istituto erede, o per via giudiziaria, o per convenzione, che tra di loro si farà. Con altra dichiarazione, che dato il caso,* quod absit, *che tale mia domanda fatta nella G. C., e pretenzione come sopra spiegata, non abbia retta, per cui si dasse la disgrazia, che la stessa mia nipote venisse assoluta dalla G. C., o d' altro supremo Tribunale, in tal caso voglio, ed espressamente comando, che il legato sud. s'intenda, come non fatto, non potendo la med. acquistare verun dritto, o ragione per la consecuzione del legato suddetto*

dal

plorar sin dall' ora l'autorità di quella Corte, della Regia Udienza Provinciale, ed indi della G. C., in cui tuttavia il giudizio per la ben dovuta reintegrazion ne pende, e che per lo ingravescente malor della podagra, essendo forse da lei assistito, siccome lo sospese, così non mai rivocar lo volle (45).

Immissione da non ritardarsi all'erede.

ORA che si è bastamente dimostrato dover il primiero testam. al secondo prevalere, non può certamente impedirsi a D. *Rafaello Giusto* la immissione domandata nel possesso de' beni alla decisione del Magistrato ultimamente rimessa (46). Che la medesima si debba agli eredi testamentarj, ed anche a' sostituti nel dichiara la seguente Legge sì ben espressa. *Defertur bonorum possessio secundum tabulas*

---

dal suddetto mio, come sopra istituito erede, intendendo solamente di farle tale donativo, e legato allora quando, ripeto, restituir dovesse in potere del detto mio erede li beni tutti ingiustamente usurpati, e testati dal detto fu D. Michele *mio fratello, essendo così la mia volontà, fol.* 5. *a t. in fin. ad* 6. *proc. præamb.*

(45) Di che ne assicurano gli atti formati nella Regia Corte della Città di *Mussafra* dal 1795. sino al 1797. contra del Dot. fis. D. *Michele Resta* per certificato di quell'Attuario, *fol.* 15. *ad* 16., e gli altri seguentemente compilati contra la sua figlia, ed erede *D. Angela Maria* nella G. C., da cui ne' 24. Novembre del detto anno 1797. fu termine ordinario impartito, ed ordinato insieme, che i beni dedotti, si fossero a lei consegnati *cum cautione*, ed aggiunto che il Rev. *D. Gianbattista* mantenuto si fosse nel possesso de' suoi beni patrimoniali; con essersi di poi ne' 28. Dicembre 1798. richiamato lo esame già eseguito, e non ancora trasmesso in banca di *Citarella* appo lo Ser. *Prattico, fol.* 17. *ad* 19. *proc. preambul.*

(46) Con decreto del Sig. Consig. *Parisi* Comm. de' 20. *Dicembre* 1806. *fol.* 20. *proc. S. R. C.*

bulas primo gradu ſcriptis heredibus: mox, illis non petentibus, ſequentibus non ſolum ſubſtitutis, verum ſubſtituti quoque ſubſtitutis: & per ſeriem ſubſtitutos admittimus. Primo gradu autem ſcriptos accipere debemus omnes, qui primo loco ſcripti ſunt, nam ſicuti ad adeundam hereditatem proximi ſunt, ita & bonorum poſſeſſionem admittendam (47).

ED acciocchè l'altrui eredità non rimanga neppur per un momento solo giacente, si è così ben garantita e protetta, che non vale ad impedirla qualunque contraddizione, che non fosse di maggior valore della esatta osservanza della testamentaria disposizione nè cassa, nè apparentemente viziata. *Sin autem aliquis contradictor extiterit* (prescrive lo Imp. *Giuſtiniano*): *tunc in judicio competenti, cauſæ in poſſeſſionem miſſionis, & ſubſecutæ contradictionis ventilentur, & ei poſſeſſio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura oſtenderit, ſive qui miſſus eſt, ſive qui antea detinens contradicendum putavit, nullis anguſtiis temporum hujuſmodi miſſione coarctanda, ſed ſive tardius, ſive præmature aliquis miſſus eſt, legis tantummodo arbitrium requiratur, & cauſa, unde vel miſſio, vel contradictio exoritur* (48).

ED è da tanto il privilegio della immissione, che ben volentieri si accorda all'erede testamentario a semplice sua domanda secondo lo invariabile uso del Foro, molto più speditamente che il preambulo; poicchè *heres qui præambulum obtinet, non ſolum poſſeſſionem bonorum remanſorum adipiſcitur, ſed debitores hereditatis ad ſolvendum cogere, atque inſtrumenta via ritus liquidare valet quod agere nequit im-*

(47) *L. æquiſſimum 2. §. 4. D. de bonor. poſſ. ſecun. tabul.*
(48) *L. edicto fin. 3. C. de Edict. Div. Adrian. toll.*

immiſsus, & ratione, nam preambulo declaratur heres, in quem representando defuncti personam, omnes actiones transeunt (49).

ED ora con quanta maggior ragione non si ha di cotesto beneficio ad investire D. *Raffaello Giusto*, che, oltre il preambolo riportato dalla G. C. sin da' 23. Settembre 1806. in vigor del testamento di ogni altro derogatorio (50), ha pure dalla medesima contemporaneamente ottenuto gli ordini per la immissione (51), sin ora ineseguiti per sola prepotenza della inesorabil sua Competitrice?

A CHE dunque più ritardarsene la ben dovuta esecuzione? Non ho forse dimostrato, che 'l primiero testamento, come derogatorio del secondo, prevalere debba? Che in vigor di esso, avendo l'erede scritto dalla G. C. legittimamente il preambolo riportato, goder debba i benefici effetti della immissione? E se tanto ho eseguito, secondi pure i giusti voti miei il Magistrato. Ho detto.

Caetera &c.

Die 21. *Februarii* 1807.

Imprimatur = Parisi.

Gaetano Fortunato.

(49) *DE ROSA civil. decr. prax. cap.* 4. *n.* 125. *ad.* 128. tutto ciò giustifica coll'autorità delle supreme LL., e de' classici DD., *qui dicunt, hanc opinionem nullum habere contradictorem, & in praxi confirmatam.*

(50) *Fol.* 19. *proc. preamb.*

(51) Ne' 27. dello stesso mese di Settembre, ed anno 1806. *fol.* 12. *a t. d. proc. preamb.*

VII 152 1229

Digitized by Google